



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE

FLORE

Repository istituzionale dell'Università degli Studi di Firenze

NOTE IN TEMA DI POTERI PROBATORI DELLE PARTI E DEL GIUDICE NEL PROCESSO CIVILE TEDESCO DOPO LA RIFORMA DEL 2001

Questa è la Versione finale referata (Post print/Accepted manuscript) della seguente pubblicazione:

Original Citation:

NOTE IN TEMA DI POTERI PROBATORI DELLE PARTI E DEL GIUDICE NEL PROCESSO CIVILE TEDESCO DOPO LA RIFORMA DEL 2001 / R. CAPONI. - In: RIVISTA DI DIRITTO CIVILE. - ISSN 0035-6093. - STAMPA. - 4:(2006), pp. 523-548.

Availability:

This version is available at: 2158/325009 since: 2017-02-19T15:54:19Z

Terms of use:

Open Access

La pubblicazione è resa disponibile sotto le norme e i termini della licenza di deposito, secondo quanto stabilito dalla Policy per l'accesso aperto dell'Università degli Studi di Firenze (<https://www.sba.unifi.it/upload/policy-oa-2016-1.pdf>)

Publisher copyright claim:

(Article begins on next page)

Poteri probatori delle parti e del giudice nel processo civile tedesco dopo la riforma del 2001 (*)

Remo Caponi, Università degli Studi di Firenze

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Utilità dello studio del processo civile tedesco. - 3. Ragioni di efficienza della giustizia civile tedesca: amministrazione della giustizia, giudici ed avvocati. - 4. Ragioni di efficienza che dipendono dalla disciplina processuale. - 5. Elementi di garanzia: formazione unitaria del giurista e ricorso diretto di costituzionalità contro i provvedimenti giurisdizionali. - 6. Ruolo attivo del giudice e modello dell'udienza principale. - 7. Letteratura tedesca sul diritto delle prove: profili generali. - 8. Crisi delle *Maximen*? (con un'osservazione sulla catastrofe dell'epoca nazionalsocialista). - 9. Onere della prova e libero convincimento del giudice. - 10. Disagio del *non liquet*. - 11. Informazioni della parte non gravata dell'onere della prova. - 12. Valutazione della trattazione processuale. - 13. Onere di sostanziazione. - 14. Segue: aspetti meritevoli di ulteriori approfondimenti. - 15. Poteri probatori e modelli processuali. - 16. Esibizione dei documenti. - 17. Segue: potere discrezionale del giudice. - 18. Segue: nuova disciplina. - 19. Segue: onere di sostanziazione v. *discovery*. - 20. Segue: *notice pleading* - *fact pleading*. - 21. Segue: onere di indicazione precisa del documento e prime prassi giurisprudenziali. - 22. Segue: ordine di esibizione a carico della parte non gravata dell'onere della prova.

(*) Testo dell'intervento programmato al XXV Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, Cagliari, 7-8 ottobre 2005, pubblicato nel relativo volume degli atti, *Le prove nel processo civile*, Milano, 2007, p. 265-302; in *Rivista di diritto civile*, 2006, I, p. 253 ss.; in *Studi in onore di Carmine Punzi*, vol. IV, Torino, 2008, p. 473-496, sempre sotto il titolo *Note in tema di poteri probatori delle parti e del giudice nel processo civile tedesco dopo la riforma del 2001*. I paragrafi 3-6 sono altresì pubblicati, con leggere modifiche, in *Modelli europei del processo di cognizione: l'esempio tedesco*, in *Questione giustizia*, 2006, p. 163 ss.

1. Premessa

La riforma del processo civile tedesco del 2001 ha introdotto alcune novità dirette a rafforzare la cognizione della causa nel giudizio di primo grado. Esse si coordinano alla contemporanea trasformazione del giudizio di appello in istanza di controllo della sentenza di primo grado. Mentre la riforma dei mezzi di impugnazione è ispirata da un disegno organico del legislatore, gli interventi sulla disciplina del processo di primo grado hanno carattere episodico.

Fra le modifiche del giudizio di primo grado, ho scelto di concentrare l'attenzione sulla maggiore novità riguardante il diritto delle prove: l'ampliamento del campo di applicazione del potere d'ufficio del giudice di disporre l'esibizione dei documenti (§ 142 ZPO) ⁽¹⁾.

Come sempre accade, lo studio di un certo istituto processuale non può essere condotto senza la costante e vigile considerazione delle sue interrelazioni con l'ordinamento in cui esso si colloca.

Trattandosi di un ordinamento processuale straniero, è opportuno anche esplicitare l'analisi dei profili rilevanti di questo contesto.

A ciò è rivolta la prima parte di questo contributo.

2. Utilità dello studio del processo civile tedesco

La scelta di trattare un aspetto del processo civile tedesco intende rendere omaggio alla tradizione di influenza della scienza giuridica tedesca sugli studi dei processualisti italiani ⁽²⁾ ed esprime il desiderio di rinvigorire questo rapporto, rivolgendo ai giovani ricercatori l'invito a non trascurare la comparazione con il processo civile tedesco.

Tale studio si rivela affascinante non solo per i classici tesori di cultura giuridica che hanno contribuito in modo significativo a costruire il sistema concettuale del diritto processuale civile nell'Europa continentale.

Lo studio del processo civile tedesco riveste anche un notevole interesse pragmatico. Questo risvolto può apparire a prima vista sorprendente se riferito alla scienza giuridica tedesca, che rinviene tradizionalmente i propri punti di forza nella capacità di astrazione concettuale congiunta ad acribia analitica, nella solidità dell'impianto dogmatico e sistematico.

Con interesse pragmatico intendo riferirmi al fatto che lo studio del processo civile tedesco ha per oggetto uno degli ordinamenti più efficienti fra quelli che sono maggiormente oggetto di comparazione a livello internazionale ⁽³⁾. Le statistiche giudiziarie attestano che la durata media di un processo ordinario di cognizione dinanzi ai tribunali tedeschi è da anni stabilmente inferiore ad un anno. Per confermare l'impressione di efficienza che si ricava dalla lettura dei dati statistici è sufficiente frequentare due, tre o più tribunali, casualmente, nel sud, nel centro o nel nord della Germania, parlare con giudici ed avvocati delle loro esperienze professionali, constatare come si svolgono le udienze e come lavorano le cancellerie, ecc., ecc.

L'interesse verso la comparazione con il processo civile tedesco deriva dall'opportunità di studiare un ordinamento nel quale la divaricazione tra teoria e prassi è molto minore che nell'ordinamento italiano.

Indirettamente, questa constatazione rinforza anche la fiducia nello studio teorico del diritto processuale.

3. Ragioni di efficienza della giustizia civile tedesca: amministrazione della giustizia, giudici ed

⁽¹⁾ Un corrispondente ampliamento è disposto dal nuovo testo del § 144 ZPO riguardo all'esibizione di oggetti di ispezione e di consulenza tecnica.

⁽²⁾ Cfr. TROCKER, *L'influenza della scienza giuridica tedesca sugli studi dei processualisti italiani*, in *Studi senesi*, 1990, p. 474 ss.

⁽³⁾ Cfr. GOTTWALD, *Civil Justice Reform: Access, Cost and Expedition. The German Perspective*, in *Civil justice in Crisis*, a cura di A. Zuckerman, Oxford, 1999, p. 207 ss.

Quali sono le ragioni dell'efficienza della giustizia civile tedesca?

Seguendo un primo approccio semplificato si può operare una valutazione comparativa con il sistema giudiziario italiano. Come l'inefficienza della giustizia civile italiana, in fondo, non è che un caso particolarmente grave della più generale inefficienza media della nostra pubblica amministrazione, l'efficienza della giustizia civile tedesca non è che un caso particolarmente emblematico della più generale efficienza media della pubblica amministrazione tedesca.

Vi sono poi ragioni di efficienza che attengono più specificamente al modo ed alle condizioni di lavoro dei giudici.

I processi civili hanno una minore durata media in Germania, perché il giudice tedesco (di tribunale) in via di principio studia bene la causa fin dall'inizio, cioè fin dal deposito degli atti introduttivi.

I giudici tedeschi sono quindi professionalmente più capaci dei giudici italiani? Certamente è invidiabile la cura e l'attenzione che in Germania si ripone da molto tempo nella formazione del giurista ⁽⁴⁾. Tuttavia la ragione dell'efficienza non risiede in una ipotetica eccellenza professionale dei giudici tedeschi, bensì in un motivo più prosaico: il giudice tedesco studia la causa tempestivamente, poiché egli ha sul ruolo della propria sezione un numero di cause molto minore rispetto al suo collega italiano.

Per esempio, in una città di media grandezza come Bielefeld, i giudici civili hanno sul ruolo circa duecento cause a testa (dalle informazioni che ho potuto raccogliere, si tratta di un dato comune a molti tribunali in Germania).

I fattori in virtù dei quali il sistema giudiziario tedesco si trova in un simile stato di grazia rispetto a quello italiano non sono difficili da individuare. In un calcolo che avevo fatto qualche anno fa comparando i dati ricavati dalle pubblicazioni dei rispettivi istituti di statistica ⁽⁵⁾, ero giunto al risultato che, in rapporto alla popolazione residente, i giudici tedeschi (ordinari, del lavoro, delle assicurazioni sociali) erano circa il cinquanta per cento di più dei giudici ordinari italiani (giudici professionali e giudici di pace). Il rapporto si può essere modificato attraverso l'aumento del numero dei giudici di pace in servizio, alla fine degli anni novanta in Italia.

Il divario numerico tra i giudici italiani ed i giudici tedeschi rimane tuttavia considerevole ⁽⁶⁾.

A ciò si deve aggiungere l'esistenza nella Repubblica Federale Tedesca della figura del *Rechtspfleger*, un funzionario dell'amministrazione della giustizia che, nel settore della giurisdizione contenziosa, è competente al rilascio dei decreti ingiuntivi, oltre ad avere ampi compiti in materia di liquidazione delle spese giudiziali, di esecuzione forzata e di volontaria giurisdizione.

Tale divario incide certamente sulla minore durata media dei processi civili di cognizione in Germania, rispetto a quella dei processi civili in Italia, anche se la sua concreta incidenza dovrebbe essere valutata alla luce di tutta una serie di altri fattori da considerare comparativamente tra i due Paesi ⁽⁷⁾.

Quanto agli avvocati, il brocardo *dum pendet rendet* è conosciuto in Germania solo nei libri di storia del diritto, poiché il compenso dell'avvocato non è commisurato ai singoli atti compiuti, ma

⁽⁴⁾ Come è stato incisivamente notato a suo tempo da CAPPELLETTI, *Studio del diritto e tirocinio professionale in Italia e in Germania*, Milano, 1957.

⁽⁵⁾ Cfr. *Le riforme della giustizia civile italiana degli anni novanta sullo sfondo della giustizia civile tedesca*, indietro.

⁽⁶⁾ Secondo i dati offerti da MURRAY, STÜRNER, *German Civil Justice*, Durham, 2004, p. 38, la Repubblica federale tedesca detiene il primato mondiale del numero dei giudici professionali, sia in senso assoluto, che in rapporto alla popolazione.

⁽⁷⁾ Tra questi fattori: il numero delle cause civili pendenti; il rapporto numerico tra giudici addetti al civile e giudici addetti al penale; il personale di cancelleria; le infrastrutture dell'amministrazione della giustizia.

retribuisce in via di principio l'intera attività svolta, dall'incarico fino alla risoluzione dell'affare ⁽⁸⁾. Secondo questo sistema l'avvocato percepisce tendenzialmente lo stesso onorario, indipendentemente dal fatto che la controversia venga conciliata immediatamente o venga definita attraverso una sentenza emanata al termine di un processo ⁽⁹⁾. Inoltre la composizione negoziale della controversia nel corso del processo è incentivata da una sensibile riduzione del carico di spese giudiziali ⁽¹⁰⁾.

4. Ragioni di efficienza che dipendono dalla disciplina processuale

Vi sono infine ragioni di efficienza che dipendono dalla disciplina processuale.

Se dovessi essere costretto ad identificare in un solo paragrafo della *Zivilprozessordnung* quello che altri ha qualificato, in una prospettiva più ampia, il *German Advantage in Civil Procedure* ⁽¹¹⁾, non avrei esitazioni ad indicare il § 273 ZPO. Secondo questa disposizione il giudice può imporre di svolgere tutta una serie di attività preparatorie della “udienza principale”, nel quale la controversia deve trovare (e trova di regola effettivamente) la propria risoluzione.

Tra queste attività si possono segnalare: l'integrazione o il chiarimento delle allegazioni contenute negli atti introduttivi (con l'assegnazione se del caso di un termine a tal fine), l'esibizione di documenti e il deposito di oggetti di ispezione, la comparizione personale delle parti, nonché la comparizione di testimoni, cui le parti si sono riferiti, e di consulenti tecnici, la produzione di documenti e di informazioni ufficiali da parte della Pubblica Amministrazione. Il § 273 ZPO non detta un elenco tassativo di misure: il giudice può assumere misure preparatorie non menzionate dalla legge, purché funzionali ad un'effettiva preparazione della causa.

Vi è poi un altro aspetto della disciplina del § 273 ZPO da sottolineare, per la notevole incidenza pratica ai fini della concentrazione della fase preparatoria e del successo dell'udienza principale. Nel quadro della serie di provvedimenti preparatori, quelli probatori non sono adottati di regola attraverso il formale provvedimento istruttorio previsto dal § 358 ZPO, che deve contenere la menzione dettagliata dei temi e dei capitoli di prova, la precisazione della parte che deduce la prova, l'indicazione dei mezzi di prova, bensì attraverso un agile provvedimento che contiene solo una breve e generica indicazione del tema di prova.

In questo contesto l'assunzione della prova testimoniale, per esempio, può essere paragonata ad una sorta di interrogatorio libero del testimone, che rende più difficile una qualche forma di preparazione del teste ad opera della parte interessata alla sua testimonianza favorevole. Nel corso dell'udienza principale il giudice sente prima la parte, di cui è disposta quasi sempre la comparizione personale, ancorché non sia formalmente obbligatoria. Subito dopo il giudice introduce ed interroga i testimoni. Talvolta accade che il teste venga sentito una seconda volta, per appurare eventuali contraddizioni rispetto alle dichiarazioni di un altro teste.

Il proficuo svolgimento di queste attività, nonché di quelle antecedenti dirette alla composizione negoziale della controversia ⁽¹²⁾, è agevolato praticamente dal fatto che il giudice di tribunale di

⁽⁸⁾ Cfr. § 15 del *Gesetz über die Vergütung der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, RVG*.

⁽⁹⁾ Per una valutazione negativa dell'impatto dell'attuale formula per la determinazione dell'onorario degli avvocati sull'efficienza della giustizia civile italiana, v. MARCHESI, *Litiganti, avvocati e magistrati*, Bologna, 2003, p. 100 ss.

⁽¹⁰⁾ Cfr. MURRAY, STÜRNER, *German Civil Justice*, cit., p. 492 s.

⁽¹¹⁾ Cfr. LANGBEIN, *The German Advantage in Civil Procedure*, in *University of Chicago Law Review*, 52 (1985), p. 823 ss. Questo saggio ha suscitato una vivace polemica negli Stati Uniti. Per una replica dell'A. ai critici, v. LANGBEIN, *Trashing The German Advantage*, in *Northwestern University Law Review*, 1988, p. 763 ss.

⁽¹²⁾ Il tentativo di conciliazione è stato pure rinforzato attraverso la riforma del 2001. Il § 278, comma 2 ZPO prevede che l'udienza di trattazione sia preceduta da trattative dirette ad una composizione amichevole della controversia, a meno che si sia già svolto un tentativo di conciliazione in sede stragiudiziale o che le

regola non tratta più di un paio di cause nella stessa mattinata ⁽¹³⁾.

In sintesi, si possono riepilogare la serie di fattori per i quali la controversia trova di norma la propria definizione nell'udienza principale, mentre meno frequentemente essa è costretta a proseguire in una fase istruttoria formalizzata: il relativamente basso numero delle cause sul ruolo *pro capite iudicis* (rispetto all'Italia), la conseguente possibilità pratica per il giudice di studiare la causa e di arrivare preparato all'udienza (e disposto anche, se del caso, ad esternare il suo convincimento provvisorio), l'impiego del vasto arsenale di poteri preparatori ed istruttori previsti dal § 273 ZPO.

Questi fattori si inseriscono in un modello processuale flessibile con notevoli possibilità di adattamento alle caratteristiche delle singole controversie ⁽¹⁴⁾. Le fasi di questo modello sono scandite da termini previsti dalla legge, la cui durata è però fissata in concreto dal giudice, oppure da determinazioni temporali del tutto elastiche, come: "L'udienza deve aver luogo il più presto possibile" (§ 272, comma 3 ZPO); oppure: la parte deve far valere "tempestivamente" i suoi mezzi di attacco e di difesa all'udienza (§ 282, comma 1 ZPO), nonché comunicare "tempestivamente" alla controparte, prima dell'udienza, i mezzi di attacco e di difesa sui quali è prevedibile che quest'ultima non possa prendere posizione senza previa informazione (§ 282, comma 2 ZPO).

In secondo luogo, il giudice può calibrare fin dall'inizio lo svolgimento del processo sulla complessità della singola controversia (§ 272 ZPO), scegliendo di far precedere l'udienza principale dalla fissazione della "prima udienza immediata" (§ 275 ZPO) oppure dal procedimento preliminare scritto (§ 276 ZPO).

Nella prassi i giudici preferiscono la seconda strada, poiché presenta un vantaggio spesso decisivo: al convenuto viene assegnato un primo termine di due settimane, semplicemente per manifestare la sua volontà di difendersi, ed un ulteriore termine (minimo di due settimane), per depositare la sua comparsa di risposta. Se il convenuto non manifesta la volontà di difendersi entro il primo termine, può subire immediatamente, su istanza dell'attore (§ 331, comma 3 ZPO), una sentenza contumaciale.

Vi è poi la disciplina delle deduzioni tardive, quale emerge dal § 296 ZPO, che è caratterizzata da un significativo margine di apprezzamento giudiziale. Questa disposizione, che costituisce un altro dei cardini con i quali la *Vereinfachungsnovelle* si è riproposta l'obiettivo di accelerare lo svolgimento del processo di cognizione, ha ad oggetto la deduzione tardiva di mezzi di attacco e di difesa.

Entro il concetto di "mezzi di attacco e di difesa" sono compresi le allegazioni, le contestazioni delle allegazioni della controparte, le eccezioni di merito, le deduzioni istruttorie. Non vi rientrano invece la domanda principale, la domanda riconvenzionale, la modificazione e l'ampliamento della domanda, la richiesta di rigetto della domanda della controparte: poiché esse non sono mezzi di attacco e di difesa, ma costituiscono l'attacco e la difesa stesse, non possono essere ricondotte alla previsione del § 296 ZPO ⁽¹⁵⁾.

Il primo comma del § 296 ZPO prevede che i mezzi di attacco e di difesa dedotti tardivamente, cioè dopo la scadenza dei termini a ciò fissati dal giudice, possono essere ammessi solo se ciò non ritarda la soluzione della controversia o se la parte giustifica sufficientemente la tardività. Il secondo comma del § 296 ZPO si riferisce ai mezzi di attacco e di difesa non fatti valere tempestivamente all'udienza (ai sensi del § 282, comma 1 ZPO), nonché ai mezzi di attacco e di

trattative siano visibilmente prive di prospettive di successo. In sede di trattative il giudice deve discutere con le parti la situazione di fatto ed i punti controversi, valutando liberamente tutte le circostanze e, ove necessario, ponendo domande. Le parti devono essere sentite personalmente.

⁽¹³⁾ Più numerose sono le cause dinanzi agli *Amtsgerichte*, che assorbono il contenzioso di piccola entità.

⁽¹⁴⁾ Lo scorcio finale di questo paragrafo riprende alcune considerazioni già svolte in *Le riforme della giustizia civile italiana degli anni novanta sullo sfondo della giustizia civile tedesca*, indietro.

⁽¹⁵⁾ Cfr. LEIPOLD, in STEIN, JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, ventunesima ed., vol. 2, Tübingen, 1994, § 296, p. 801.

difesa non comunicati tempestivamente alla controparte prima dell'udienza (ai sensi del § 282, comma 2 ZPO). Essi possono essere respinti, se la loro ammissione ritarderebbe la soluzione della controversia e la tardività della deduzione è dovuta a colpa grave. Il terzo comma riguarda infine il rigetto delle eccezioni d'inammissibilità dell'azione, rilevabili solo ad istanza di parte, tardivamente proposte.

Molti sono i problemi interpretativi a cui dà luogo l'applicazione del § 296 ZPO: primo fra tutti la precisazione del concetto di ritardo nella soluzione della controversia. Ciò non ha impedito però che si delineasse nella giurisprudenza tedesca in tema di rigetto delle deduzioni tardive un orientamento fondamentale, secondo il quale l'autoresponsabilità delle parti viene presa sul serio. Il rigetto delle deduzioni delle parti per tardività è di quotidiana applicazione. In tal caso il giudice decide sulla base di fatti che non corrispondono più allo stato attuale delle deduzioni delle parti. La deduzione tardiva viene "schermata": il giudice pone cioè a base della decisione una situazione di fatto che egli sa non corrispondere alla realtà. Il rigore di quest'applicazione è stato considerato in via di principio costituzionalmente legittimo dal *Bundesverfassungsgericht* ⁽¹⁶⁾.

5. Elementi di garanzia: formazione unitaria del giurista e ricorso diretto di costituzionalità contro i provvedimenti giurisdizionali

Da questo sintetico quadro scaturisce l'immagine di un giudice molto attivo, molto forte. La forza del giudice tedesco non si trasforma però in prepotenza, grazie a due importanti elementi che caratterizzano l'ordinamento tedesco.

Il primo elemento risiede nella notevole attenzione che in Germania si riserva all'educazione del giurista. In particolare il modello ispirato alla formazione unitaria dei futuri magistrati ed avvocati è in grado effettivamente di evitare che l'inevitabile contrapposizione fra il ruolo processuale del giudice e quello dell'avvocato trasmodi in un conflitto tra categorie professionali ⁽¹⁷⁾, come accade spesso in Italia ⁽¹⁸⁾.

Il secondo elemento attiene ad un tratto fondamentale del sistema tedesco di giustizia costituzionale: il fatto che i provvedimenti giurisdizionali siano sottoposti al sindacato di costituzionalità dinanzi al *Bundesverfassungsgericht*, attraverso la *Verfassungsbeschwerde*. In effetti, il ricorso diretto di costituzionalità con cui si impugna un provvedimento giurisdizionale per violazione di norme processuali rappresenta l'ipotesi più frequente di ricorso al *Bundesverfassungsgericht* ⁽¹⁹⁾.

6. Ruolo attivo del giudice e modello dell'udienza principale

Il ruolo attivo del giudice si colloca nella linea di sviluppo originatasi modernamente dall'opera legislativa di Franz Klein, cui si deve il codice di procedura civile austriaco del 1895 ⁽²⁰⁾. Tale opera ha trovato un grande prosecutore in Germania in Fritz Baur ⁽²¹⁾, attraverso i suoi impulsi dati

⁽¹⁶⁾ Per un'aggiornata analisi di questa giurisprudenza, v. ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, sedicesima ed., München, 2004, p. 433 ss.

⁽¹⁷⁾ Cfr. *Scuole di specializzazione per le professioni legali ed insegnamento del diritto processuale civile*, avanti.

⁽¹⁸⁾ L'esperienza degli "Osservatori sulla giustizia civile" rappresenta tuttavia un fattore in controtendenza, v. *L'attività degli osservatori sulla giustizia civile nel sistema delle fonti del diritto*, avanti.

⁽¹⁹⁾ Sul tema in generale, v. R. STÜRNER, *Die Kontrolle zivilprozessualer Verfahrensfehler durch das BVerfG*, in JZ 1986, p. 526 ss.

⁽²⁰⁾ Cfr. KLEIN, *Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse* (1901), seconda ed., Frankfurt, 1958. Su questo sviluppo, v. in senso critico in Italia CIPRIANI, *Nel centenario del regolamento di Klein*, in Riv. dir. proc., 1995, p. 969 ss.

⁽²¹⁾ Fondamentale il suo discorso di Berlino del 1965: BAUR, *Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Prozeß*, Berlin, 1966; cfr. inoltre BAUR, *Zeit- und Geistesströmungen im Prozeß*, in

prima alla prassi (il modello di Stoccarda, messo in funzione nel 1967 dal genio organizzativo di Rolf Bender, presidente della ventesima sezione civile del tribunale di quella città) ⁽²²⁾ e poi alla legislazione (la *Vereinfachungsnovelle* del 1976).

Nasce e sviluppa così, in un arco di tempo molto breve, un terzo modello fondamentale di processo di cognizione, imperniato sull'udienza principale, che si affianca al modello a struttura trifasica (fase preparatoria, istruttoria e decisoria), tipico del rito ordinario di cognizione italiano, ed al modello a struttura bifasica (*pre-trial, trial*), tipico del classico processo anglo-americano ⁽²³⁾.

Questo terzo modello processuale ha in comune con il secondo la struttura bifasica e rispecchia una tendenza dei sistemi processuali contemporanei in questa direzione ⁽²⁴⁾, ma si distingue dal modello del *trial*, perché la fase preparatoria non serve solo ad informare le parti ed a consentir loro di prepararsi all'udienza, ma è utile anche ad informare il giudice ed a metterlo in grado di esercitare i propri poteri direttivi, nonché ad anticipare parzialmente l'istruzione probatoria. Solo gli aspetti rilevanti della controversia non chiariti nella prima fase sono oggetto di trattazione nell'udienza principale.

Questo modello, che richiede *case management* da parte di un giudice professionale fin dall'inizio del processo, ha avuto la grande forza di attrarre entro la propria orbita, oltre al nuovo processo civile spagnolo, lo stesso processo civile inglese ⁽²⁵⁾. Ciò le conferisce un nuovo slancio, che renderà probabilmente molto feconda nei prossimi anni la comparazione tra i processi civili dell'Europa continentale ed il nuovo processo civile inglese ⁽²⁶⁾, aiutata dal fatto che la disciplina di quest'ultimo ha assunto la forma di una codificazione legislativa, con una propria parte generale di principi, nonché dall'uscita dei primi trattati di diritto processuale civile inglese ⁽²⁷⁾.

7. Letteratura tedesca sul diritto delle prove: profili generali

Il presente contributo rappresenta solo l'avvio di un percorso di ricerca, che non intende risolversi unicamente in un resoconto informativo dell'evoluzione legislativa di un frammento della giustizia civile nella Repubblica federale tedesca, ma aspira a cogliere l'effettivo funzionamento delle regole probatorie in quello ordinamento, le opzioni di politica del diritto che hanno orientato la loro formazione e la loro modificazione, i principi generali che fondano la loro validità e la dimensione della loro coerenza sistematica, gli orientamenti della prassi applicativa ⁽²⁸⁾.

La ricerca promette di dare qualche frutto, poiché la fioritura dei contributi della letteratura tedesca sul diritto delle prove, a partire dagli anni sessanta del secolo XX, trova un paragone, per quantità e qualità, solo con gli studi sull'oggetto del processo negli anni cinquanta.

La diversità di approccio nell'affrontare i due temi è peraltro radicale.

Lo studio dell'oggetto del processo reca con sé la necessità di una raffinata concettualizzazione, che però può chiudersi, quasi rinserrarsi, all'interno del sistema del diritto processuale, in modo relativamente impermeabile rispetto all'ambiente esterno, cioè in primo luogo rispetto alla realtà

Juristische Blätter, 1970, p. 445 ss.

⁽²²⁾ Cfr. BENDER, *Die ‚Hauptverhandlung‘ in Zivilsachen*, in *DriZ*, 1968, p. 163 ss.

⁽²³⁾ Cfr. R. STÜRNER, *The Principles of Transnational Civil Procedure*, in *RebelsZ*, 2005, p. 201 ss., p. 223.

⁽²⁴⁾ Cfr. TROCKER, VARANO, *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, Torino, 2005, p. 252.

⁽²⁵⁾ Cfr. R. STÜRNER, *The Principles of Transnational Civil Procedure*, cit., p. 225.

⁽²⁶⁾ Su questo versante comparatistico è già uscito qualche notevole lavoro, come quello di M. STÜRNER, *Die Anfechtung von Zivilurteilen: eine funktionale Untersuchung der Rechtsmittel im deutschen und englischen Recht*, München, 2002.

⁽²⁷⁾ Cfr. ANDREWS, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System*, Oxford, 2003; ZUCKERMAN, *Civil procedure*, London, 2003.

⁽²⁸⁾ Per l'illustrazione delle premesse metodologiche che così si pensa di accogliere, v. TARUFFO, *Il processo civile di “civil law” e di “common law”: aspetti fondamentali*, in *Foro it.*, 2001, V, c. 345 ss.

sociale, poi rispetto ai valori costituzionali del *Grundgesetz* del 1949, ed infine rispetto allo stesso diritto sostanziale, attraverso la nozione del *prozessualer Anspruch*. Questa impostazione dà corpo ad un tentativo della scienza processuale tedesca di isolarsi, di chiudersi in se stessa e di rimuovere così la catastrofe dell'epoca nazionalsocialista, cedendo alla lusinga dell'*heri dicebamus*. Ricordiamo tra l'altro che la *Zeitschrift für Zivilprozeß* riprende le proprie pubblicazioni nel 1950, dopo sette anni di sospensione, senza un cenno su quello che era successo.

Completamente diverso è il panorama che si dischiude nello studio della nuova letteratura sul diritto delle prove, anche se la necessità di delineare un rapido quadro d'insieme sacrifica inevitabilmente molte distinzioni.

Al precedente ripiegarsi su stessa della scienza processuale, si contrappone la sua apertura verso l'ambiente esterno. Non potrebbe essere diversamente, se si osserva con Denti ⁽²⁹⁾, che le regole probatorie “vanno commisurate, oltre che alla valutazione, da parte della coscienza sociale, dell'idoneità al loro impiego da parte dei singoli giudici, alle caratteristiche della stessa società in cui i procedimenti probatori sono destinati ad avere attuazione”.

Inoltre, lo studio del diritto delle prove viene inserito nel quadro dei rapporti tra poteri delle parti e poteri del giudice nello svolgimento del processo. Anche questa è una scelta difficilmente evitabile, che presuppone una rinnovata disponibilità a confrontarsi schiettamente su concetti carichi (anche) di contenuti ideologici, come la *Parteilfreiheit* e la *Richtermacht*.

Infine, ma non certo ultimo in ordine di importanza, vi è il confronto tra la disciplina del processo civile e le garanzie costituzionali del diritto di azione di difesa ⁽³⁰⁾, agevolato non solo dallo sviluppo di una giurisprudenza di autorevole profondità, qual è quella del *Bundesverfassungsgericht*, ma anche dalla vivacità e dal coraggio intellettuale delle punte più avanzate della nuova dottrina, che riesce ad ambientare ed a sviluppare nel nuovo contesto culturale l'arsenale concettuale ereditato dalla letteratura classica.

Il fatto che siano trascorsi ormai più di quaranta anni dall'inizio di questa vicenda culturale consente di distinguere, senza la pretesa di svolgere un censimento esaustivo, taluni aspetti di questo dibattito che appaiono ormai datati, da altri che conservano ancora oggi una perdurante attualità e fecondità di ulteriori sviluppi.

8. Crisi delle *Maximen*? (con un'osservazione sulla catastrofe dell'epoca nazionalsocialista)

Non più fecondo appare oggi il dibattito di cui a suo tempo si è avuta in Italia un'eco sotto l'etichetta di “crisi delle *Maximen*” ⁽³¹⁾.

Già il riferimento ad una crisi delle *Maximen* nel loro insieme non era esente da una qualche ambiguità. Se di crisi si poteva parlare, questa riguardava piuttosto la *Verhandlungsmaxime*, il “principio della trattazione”, in uno solo dei suoi aspetti, quello relativo alla disponibilità delle prove ad opera delle parti.

Non si poteva parlare di una crisi dell'applicazione della *Dispositionsmaxime*: l'ordinamento tedesco ha custodito anzi più gelosamente di altri il dominio dell'autonomia privata delle parti sugli aspetti relativi all'inizio, alla fine, ai soggetti ed all'oggetto del processo.

Certamente la catastrofe dell'epoca nazionalsocialista, la tragedia dell'odio razziale contro gli ebrei rappresentano un fardello pesantissimo per la storia tedesca, che ha toccato anche i principi fondamentali del processo civile. Se tuttavia il discorso raggiunge questo piano, allora campeggia questa eclisse della ragione, il travolgimento della civiltà tedesca, non tanto i risvolti di essa che incisero sulla disciplina del processo civile, ed ancora meno il cieco furore ideologico che nel suo

⁽²⁹⁾ Così, DENTI, *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, in *Processo civile e giustizia sociale*, Milano, 1971, p. 79 ss., p. 82.

⁽³⁰⁾ Cfr. TROCKER, *Processo civile e costituzione*, Milano, 1974.

⁽³¹⁾ Cfr. CAVALLONE, *Crisi delle “maximen” e disciplina dell'istruzione probatoria*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, p. 678 ss.

impatto pratico rimase confinato ad imprimere d'inchiostro qualche colonna delle riviste più allineate con il regime. Del 1938 merita di essere ricordata tristemente la “notte dei cristalli”; molto meno meritano di essere ricordate oggi le due pagine che Baumbach scrisse nella *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht* ⁽³²⁾. Conviene piuttosto rivolgere l'attenzione agli studi con cui la letteratura tedesca, quanto meno dopo la fine dell'“era Adenauer”, ha puntato i riflettori senza pietà su questa ed altre perversioni ideologiche dell'epoca nazionalsocialista ⁽³³⁾.

Quanto alla *Verhandlungsmaxime*, la spregiudicata critica di Bomsdorf ⁽³⁴⁾ può avere buon gioco solo se il campo d'indagine rimane delimitato alla lettura del testo delle norme di legge. Il quadro legislativo della *Civilprozessordnung* - CPO del 1877 è indubbiamente caratterizzato da ampi poteri di iniziativa d'ufficio del giudice: quelli intesi al chiarimento ed all'integrazione delle allegazioni e delle domande delle parti, nonché quelli relativi all'istruzione probatoria.

Vi è innanzitutto il *Fragerecht*, cioè il potere di interrogare le parti allo scopo di chiarire le domande ed i fatti posti a fondamento delle domande ⁽³⁵⁾, cui si collega il potere di disporre la comparizione personale delle parti ⁽³⁶⁾. Ampi sono poi i margini che la CPO dischiude all'iniziativa del giudice nel campo dell'istruzione probatoria ⁽³⁷⁾. Con l'eccezione della prova testimoniale, il giudice può disporre d'ufficio l'assunzione di tutti i mezzi di prova: l'esibizione di documenti ⁽³⁸⁾, l'ispezione e la consulenza tecnica ⁽³⁹⁾, il giuramento suppletorio in caso di *sempierna probatio* ⁽⁴⁰⁾. Se però dal piano delle norme di legge si passa all'analisi della realtà effettuale, la concreta prassi processuale è tuttora ispirata al dominio delle parti, certamente nell'allegazione e nella sostanziazione dei fatti rilevanti, ma anche nella disponibilità dei mezzi di prova, poiché i giudici impiegano in modo parsimonioso i loro poteri istruttori d'ufficio (quelli che si esercitano con il formale provvedimento istruttorio previsto dal § 358 ZPO). Sotto questo profilo la *Verhandlungsmaxime* continua a vivere nella concreta esperienza del processo, anche se ciò accade più per motivi di opportunità tecnico-processuale, che in omaggio alla concezione liberale del processo come affare privato delle parti.

Per quanto riguarda il *Fragerecht* ⁽⁴¹⁾, esso trova applicazioni incisive già nella giurisprudenza del *Reichsgericht* degli anni immediatamente successivi al 1877. La Corte suprema ritiene che il suo erroneo mancato esercizio sia censurabile attraverso la *Revision* ⁽⁴²⁾. Ciò non sorprende, poiché del

⁽³²⁾ Cfr. BAUMBACH, *Zivilprozeß und freiwillige Gerichtsbarkeit*, in *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht*, 1938, p. 583 ss.

⁽³³⁾ Per una retrospettiva, v. STOLLEIS, *Recht im Unrecht. Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus*, Frankfurt, 1994.

⁽³⁴⁾ BOMSDORF, *Prozeßmaximen und Rechtswirklichkeit*, Berlin, 1971.

⁽³⁵⁾ § 130 CPO, in riferimento al giudizio dinanzi al *Landgericht*; § 464 CPO, in riferimento al giudizio dinanzi all'*Amtsgericht*.

⁽³⁶⁾ § 132 CPO.

⁽³⁷⁾ Per un quadro recente in lingua italiana, v. PIEKENBROCK, *La ripartizione dei poteri probatori tra il giudice e le parti nel processo civile tedesco*, relazione al convegno del CSM. *Recenti riforme e prassi giudiziarie dei paesi aderenti all'U.E.*, Roma, 13-15 giugno 2005, ora in *Annuario di diritto tedesco* (2004), Milano, 2006.

⁽³⁸⁾ §§ 133, 134 CPO.

⁽³⁹⁾ § 135 CPO.

⁽⁴⁰⁾ § 437 CPO.

⁽⁴¹⁾ Sul quale si devono ricordare le pagine di CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962.

⁽⁴²⁾ Esemplare, tra le altre, la seguente pronuncia del 5 gennaio 1883, in *RGZ*, 8, p. 371, p. 372: “diversamente [accade] però, quando, come nel presente caso, dalle argomentazioni del giudice si desume che egli considera la pretesa controversa come fondata, ma crede di non poter emanare una decisione conforme a questo suo convincimento, solo perché certi fatti, che potevano essere allegati, non lo sono stati a cagione di un errata qualificazione giuridica o di un altro errore. Quando in casi come questi il giudice si accontenta di rigettare la domanda a causa dell'incompletezza delle allegazioni fattuali, invece di far sì,

Fragerecht si può argomentare in modo plausibile, già sul piano teorico, la compatibilità con la *Verhandlungsmaxime*. Non è un caso se un giurista liberale della tempra di Wach ⁽⁴³⁾ lo considera come “lo strumento più efficace della direzione giudiziale del procedimento [...]. Esso deve servire principalmente ad informare il giudice sulla volontà delle parti in controversia e sul materiale controverso, deve servire ad informare le parti sulla qualificazione giuridica adottata dal giudice. Non è solo un diritto, ma anche un obbligo del giudice. Tuttavia esso è obbligo di informazione, non obbligo di inquisizione”. Pur oggetto di modifiche, ristrutturazioni e cambiamenti di denominazione nel corso del tempo (da ultimo attraverso la riforma del 2001, che ha intitolato la relativa disposizione, il § 139 ZPO, alla *materielle Prozessleitung*), l’istituto costituisce ancora oggi un’essenziale nota fisionomica del processo civile tedesco e continua ad attirare l’interesse della dottrina e della giurisprudenza ⁽⁴⁴⁾.

Se si passa rapidamente ad un’osservazione conclusiva sul punto, l’impiego delle *Maximen*, dei principi generali del processo – oggi innervati certamente anche dalle garanzie costituzionali - mantiene intatti i suoi servigi. Ciò si rivela utile proprio in un momento di rapidi mutamenti della temperie sociale e culturale, come quello attuale. Abbassare le *Maximen* al livello di astratte formulazioni dottrinarie, prive di un effettivo riscontro nella realtà giuridica, significa evitare di cogliere la loro importanza “per la considerazione teorica della legge, per la sua pratica applicazione e infine - ma non da ultimo - per l’insegnamento dei fondamenti del diritto processuale nelle università [...]”. Questi principi costituiscono la colonna portante dell’edificio del diritto processuale” ⁽⁴⁵⁾.

9. Onere della prova e libero convincimento del giudice

Di straordinaria rilevanza in una prospettiva comparatistica, è la discussione sui temi relativi all’onere della prova ed al libero convincimento del giudice. Essi costituiscono il fulcro dell’intero dibattito sul diritto delle prove, avviatosi nella dottrina tedesca a partire dagli anni sessanta.

L’osservatore italiano può comprendere la correlazione che sussiste tra questi due temi, se ricorda che nell’ordinamento tedesco non è espressamente formulata a livello legislativo una norma generale sull’onere della prova, come l’art. 2697 del codice civile italiano ⁽⁴⁶⁾. Viceversa la disposizione che fissa il principio del libero convincimento del giudice, il § 286 ZPO, è molto ampia, e per certi aspetti molto diversa dal nostro art. 116 c.p.c. Conviene riprodurne il testo per intero: “il giudice deve decidere secondo libero convincimento se l’affermazione di un fatto sia da considerare come vera o come non vera, tenuto conto di tutto il contenuto della trattazione e del risultato di un’eventuale istruzione probatoria. Nella sentenza devono essere indicati i motivi che hanno guidato il convincimento giudiziale. Il giudice è vincolato a regole probatorie legislative solo nei casi indicati da questa legge”.

L’assenza di una disposizione generale espressa sull’onere della prova e la presenza di una profonda,

com’è suo dovere sulla base del § 130 CPO, che vengano integrate le insufficienti allegazioni di fatti, che vengano indicati i mezzi di prova, che siano dati in generale tutti i chiarimenti rilevanti ai fini dell’accertamento della fattispecie, egli erra non solo nell’applicazione del § 130, ma misconosce in via di principio gli obblighi che derivano da questa disposizione e si rende colpevole senza dubbio di una violazione di una norma di diritto”.

⁽⁴³⁾ Cfr. WACH, *Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung* (1879), seconda ed., Bonn, 1896, p. 72.

⁽⁴⁴⁾ Per un quadro aggiornato, v. PRÜTTING, *Die materielle Prozessleitung*, in *Festschrift für Musielak*, München, 2004, p. 397 ss.

⁽⁴⁵⁾ BAUR, *Wert oder Unwert von Prozeßrechtsgrundsätze*, in *Studi in onore di Tito Carnacini*, Milano, 1984, vol. II, 1, p. 27 ss.

⁽⁴⁶⁾ Essa era contenuta nel § 193 del primo progetto di BGB, ma fu cancellata perché la si ritenne scontata: cfr. PRÜTTING, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, seconda ed., München, 2000, § 286, p. 1778 ss.

impegnativa norma sul libero convincimento, che costituisce senza dubbio il principio centrale dell'intero diritto delle prove tedesco ⁽⁴⁷⁾, ha fatto sì che le interrelazioni tra le due problematiche siano state particolarmente messe a fuoco nell'ordinamento tedesco.

10. *Disagio del non liquet*

Punto di partenza del dibattito sull'onere della prova che si riapre negli anni sessanta con la dissertazione monacense di Leipold ⁽⁴⁸⁾ e che trova un provvisorio epilogo nella monografia di abilitazione di Prütting ⁽⁴⁹⁾ è la soluzione insoddisfacente del problema del *non liquet* offerta dalla *Normentheorie* elaborata da Rosenberg nella sua fondamentale monografia sull'onere della prova ⁽⁵⁰⁾.

La *Normentheorie* desume la ripartizione dell'onere della prova tra le parti dalle diverse relazioni (di complementarità e quindi di reciproca integrazione, ovvero di opposizione e quindi di reciproca esclusione) in cui le norme di diritto sostanziale si trovano tra di loro. Ad una norma fondamentale, che prevede il sorgere dell'effetto giuridico, possono contrapporsi delle "contronorme", che impediscono fin dall'inizio il sorgere dell'effetto ovvero lo sospendono o lo estinguono. Ogni parte ha l'onere di provare il verificarsi della fattispecie della norma, i cui effetti le sono favorevoli. Nella concezione di Rosenberg, il giudice applica solo una di queste norme: la norma fondamentale o una contronorma.

Nel caso in cui al termine del processo residui l'incertezza sul se si sia verificata la fattispecie della norma da applicare (*non liquet*), il giudice accerta che il correlativo effetto giuridico non si è verificato. In altri termini, Rosenberg equipara l'incertezza sull'esistenza del fatto rilevante al caso in cui il giudice è convinto che il fatto non esista.

In questa equiparazione risiede il punto debole della sua teoria, poiché essa è difficilmente conciliabile con il seguente assunto. Le norme giuridiche ricollegano effetti a fattispecie nella realtà sostanziale; l'unica alternativa è che la fattispecie si sia verificata o non si sia verificata; l'incertezza processuale sull'esistenza dei fatti rilevanti non può essere appiattita né sulla prima, né sulla seconda ipotesi ⁽⁵¹⁾.

Leipold pone l'accento su questo aspetto ed argomenta che la decisione giudiziale in caso di incertezza sulla situazione di fatto rilevante non può essere fatta discendere dalle norme di diritto sostanziale ⁽⁵²⁾. Con ciò la *Normentheorie* è attaccata al cuore. L'attacco è fatto sostanzialmente proprio dalla dottrina successiva, la quale però si divide sulla natura giuridica ed il modo di operare della regola di giudizio con cui il giudice supera la situazione di *non liquet*.

Non ci interessa seguire la dottrina tedesca su quest'ultimo profilo, quanto porre l'accento sul disagio teorico e pratico che si registra in ipotesi di decisione giudiziale sulla base della regola di giudizio sull'onere della prova. Il disagio è acuito nell'ordinamento tedesco dal § 286 ZPO, il quale pretende dal giudice il pieno convincimento circa la verità o non verità dell'affermazione di un fatto. Secondo l'orientamento maggioritario il § 286 ZPO esclude che il criterio del convincimento giudiziale circa l'affermazione dell'esistenza dei fatti rilevanti nei processi a cognizione piena possa essere - almeno di regola, salvo cioè deviazioni legislative da questo criterio come quelle dei §§ 287 e 294 ZPO - un qualcosa di diverso e di minore della verità (o comunque di un grado di probabilità

⁽⁴⁷⁾ Cfr. PRÜTTING, *Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, cit., p. 1778 ss.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. LEIPOLD, *Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen*, Berlin, 1966.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme der Beweislast*, München, 1983.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. ROSENBERG, *Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches und der Zivilprozeßordnung*, quinta ed. a cura di Schwab, Berlin, 1965. Sulla *Normentheorie*, v. PATTI, *Prove. Disposizioni generali*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna, Roma, 1987, p. 85 ss.

⁽⁵¹⁾ Cfr. MUSIELAK, *Gegenwartsprobleme der Beweislast*, in *ZZP* 100 (1987), p. 385 ss., p. 387.

⁽⁵²⁾ Cfr. LEIPOLD, *Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen*, cit., p. 32 ss.

molto alto, che confina con il convincimento della verità). Si esclude in particolare che tale criterio possa essere quello della “probabilità prevalente”, anche se proprio quest’aspetto ha dato vita ad uno dei filoni di dibattito più interessanti e controversi: quello che ha ad oggetto il *Beweismaß*, il criterio o *quantum* della prova ⁽⁵³⁾.

11. Informazioni della parte non gravata dell’onere della prova

Diverse sono le strade che nell’ordinamento tedesco si battono per mitigare le difficoltà che l’astratta ripartizione dell’onere della prova provoca a chi agisce in giudizio e per confinare in casi eccezionali l’applicazione della regola di giudizio sull’onere della prova.

Accanto alle tecniche di modificazione o inversione giurisprudenziale dell’onere della prova, note anche nell’ordinamento italiano ⁽⁵⁴⁾, si prospetta la possibilità di mettere a frutto il sapere e le informazioni della parte non gravata dell’onere della prova.

Alla vigilia di questo sviluppo l’ordinamento tedesco si presenta come uno dei più affezionati al brocardo *nemo tenetur edere contra se* e, corrispondentemente, uno dei più lontani dall’affermazione di quell’obbligo di informazione reciproco tra le parti, caratteristico del processo civile inglese e, con particolare intensità, del processo civile americano ⁽⁵⁵⁾.

Sotto questo profilo l’ordinamento tedesco è più arretrato di quello francese, di cui si può vedere il nuovo testo dell’art. 10 del *Code civil*: (“*chacun est tenu d’apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité*”) e l’art. 11 del nuovo codice di procedura civile, che prevede l’obbligo delle parti di concorrere alla formazione del materiale probatorio, sotto comminatoria di *astreinte* ⁽⁵⁶⁾.

Una prima possibilità di ricorrere alle informazioni della parte non gravata dell’onere della prova è quella di prevedere, a vantaggio della parte onerata, una pretesa sostanziale alla consegna di cose, all’esibizione di documenti ed al rilascio di altre informazioni. Questa è la strada battuta dalla giurisprudenza tedesca che, basandosi su norme molto ampie, come il § 242 *BGB*, e, più specificamente, il § 810 *BGB*, ha sviluppato obblighi di informazione e di comunicazione in una notevole serie di rapporti di diritto privato ⁽⁵⁷⁾.

Una seconda possibilità è quella di costruire, in capo alla parte non gravata dell’onere della prova, un obbligo processuale di informazione. L’operazione, già tentata a suo tempo da Fritz von Hippel nel 1939 ⁽⁵⁸⁾, è stata riproposta, con un approccio teorico ed ideologico radicalmente mutato, da Rolf Stürner nel 1976 ⁽⁵⁹⁾. Con una complessa argomentazione analogica che fa perno sui §§ 138, 423, 445, 448, 372a, 656 *ZPO*, Stürner perviene ad affermare l’esistenza di un obbligo generale di informazione a carico della parte non gravata dell’onere della prova. L’obbligo sarebbe di natura processuale, ma opererebbe anche fuori e prima del processo, e rinverrebbe la propria sanzione, in caso di omissione colposa di informazione, nella finzione di esistenza del fatto affermato dalla

⁽⁵³⁾ Per riferimenti a questo dibattito in una prospettiva comparatistica, v. TARUFFO, *Rethinking the Standards of Proof*, in *American Journal of Comparative Law*, 51 (2003), p. 659 ss.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. VERDE, *L’onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. R. STÜRNER, *U.S.-amerikanisches und europäisches Verfahrensverständnis*, in *Festschrift für Ernst C. Stiefel*, München, 1987, p. 763 ss., p. 771; TROCKER, *Il contenzioso transnazionale e il diritto delle prove*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, p. 475 ss.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. LANG, *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses vor dem Hintergrund der europäischen Rechtsvereinheitlichung*, Berlin, 1999, p. 99 ss.; SCHILLING, *Die "principes directeurs" des französischen Zivilprozesses*, Berlin, 2002, p. 199 ss.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. TROCKER, *Il contenzioso transnazionale e il diritto delle prove*, cit., p. 504 s.

⁽⁵⁸⁾ VON HIPPEL, *Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozess*, Frankfurt, 1939.

⁽⁵⁹⁾ R. STÜRNER, *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses*, Tübingen, 1976. Per qualche anticipazione, v. PETERS, *Beweisvereitelung und Mitwirkungspflicht des Beweisgegners*, in *ZZP*, 82 (1969), p. 200 ss.

controparte. Viceversa, in caso di oggettiva impossibilità di fornire l'informazione, il rischio del mancato accertamento continuerebbe a ricadere sulla parte gravata dell'onere della prova.

Fino alla metà degli anni novanta, l'ardita proposta di Stürner aveva suscitato un ampio dibattito, ma raccolto pochi consensi, anche se molto autorevoli ⁽⁶⁰⁾. Il *Bundesgerichtshof* aveva espressamente preso in considerazione la sua tesi, ma l'aveva rigettata ⁽⁶¹⁾. Due le principali obiezioni: l'esiguità delle disposizioni di diritto positivo sulla cui base si dovrebbe fondare un obbligo così impegnativo; il fatto che essa, in caso di omissione colposa dell'informazione, aggirerebbe l'allocatione dei rischi discendente dalla disciplina dell'onere della prova ⁽⁶²⁾.

La temperie muta nel 1996: nel *Gutachten* rilasciato in vista del sessantunesimo *Deutscher Juristentag*, nel quadro di una proposta tesa al rafforzamento della cognizione del giudizio di primo grado, funzionale alla riforma dei mezzi di impugnazione, Peter Gottwald suggerisce l'introduzione *de iure condendo*, attraverso una riformulazione del § 138, comma 2 *ZPO*, di un obbligo processuale generale di informazione a carico della parte non gravata dell'onere della prova ⁽⁶³⁾. Sebbene questo suggerimento non venga accolto nelle tesi finali del congresso del 1996, né nella riforma del 2001, esso costituisce un importante criterio di orientamento nella soluzione dei problemi posti dalla nuova disciplina del potere d'ufficio di disporre l'esibizione di documenti (§ 142 *ZPO*), nonché del potere d'ufficio di disporre l'esibizione di oggetti di ispezione o di consulenza tecnica (§ 144 *ZPO*).

12. Valutazione della trattazione processuale

La stessa norma sul libero convincimento possiede infine una notevole risorsa per confinare nell'ordinamento tedesco in casi meno frequenti che in altri ordinamenti l'applicazione della regola di giudizio sull'onere della prova.

Nel decidere secondo il suo libero convincimento il giudice deve tenere conto non solo del risultato di un'eventuale istruzione probatoria, bensì anche di tutto il contenuto della trattazione nel corso del processo. La differenza rispetto all'art. 116 del codice di procedura civile italiano si percepisce immediatamente. Mentre l'art. 116, comma 2 c.p.c. consente di valutare il contegno delle parti nel processo solo come argomento di prova, il § 286 *ZPO* mette la valutazione del contenuto della trattazione processuale esattamente sullo stesso piano del risultato dell'istruzione probatoria ⁽⁶⁴⁾.

Ampio è il margine di libertà che si dischiude così al giudice nella valutazione di tutto ciò che accade nel processo. Egli può legittimamente convincersi della verità (o della falsità) di un'affermazione di un fatto senza necessità di svolgere una correlativa istruzione probatoria, oppure può ritenere l'affermazione di una parte più credibile di quella di un teste ⁽⁶⁵⁾.

13. Onere di sostanziazione

⁽⁶⁰⁾ Tra questi HENCKEL, *ZZP* 92 (1979), p. 100 ss., nella recensione della monografia di Stürner, e SCHLOSSER, *Die lange deutsche Reise in die prozessuale Moderne*, in *JZ*, 1991, p. 599 ss.

⁽⁶¹⁾ *BGH* 11 giugno 1990, in *JZ*, 1991, p. 630 ss.

⁽⁶²⁾ Cfr. PRÜTTING, *Gegenwartsprobleme der Beweislast*, cit., p. 137; PRÜTTING, *Informationsbeschaffung durch neue Urkundenvorlagepflichten*, in *Festschrift für Janos Nemeth*, Budapest, 2003.

⁽⁶³⁾ GOTTWALD, *Empfehlen sich im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes Maßnahmen zur Vereinfachung, Vereinheitlichung und Beschränkung der Rechtsmittel und Rechtsbehelfe des Zivilverfahrensrechts?* München, 1996, p. A15 ss.

⁽⁶⁴⁾ Sulla valutazione del contenuto della trattazione, il punto di riferimento nella letteratura contemporanea è la monografia di BREHM, *Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung*, Tübingen, 1982.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. PRÜTTING, *Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, cit., p. 1781 s., ove si ricorda che la libertà di valutazione del giudice incontra limiti fondamentalmente in tre elementi: il rispetto delle leggi della logica, delle massime di esperienza e della leggi naturali; l'obbligo di motivazione; le regole di prova legale.

Gli ampi contorni che l'ordinamento tedesco assegna alla libertà del convincimento del giudice sono all'origine di una serie di istituti tipici dell'ordinamento tedesco ⁽⁶⁶⁾ o che assumono in questo ordinamento dei tratti peculiari.

Fra questi ultimi, si deve accennare all'onere di sostanziazione. Il punto di partenza è costituito da una osservazione nella quale il processualista italiano potrebbe riconoscersi: la parte deve esporre la situazione di fatto in modo così dettagliato da mettere il giudice in condizione di verificare l'applicabilità della norma giuridica dalla quale discende l'effetto giuridico richiesto.

Il tasso di effettività e di rigore con cui questa regola si articola nella disciplina legislativa e nella prassi giurisprudenziale tedesche conduce però ad approdi che trovano difficilmente un paragone nell'ordinamento italiano. L'onere dell'attore di allegare fatti concreti a fondamento della domanda giudiziale, l'onere del convenuto di contestare in modo preciso e circostanziato i fatti allegati dalla controparte e di esporre i fatti che fondano eccezioni di merito è preso molto sul serio. Ciò appare come un riflesso della notevole tendenza del processo civile tedesco a valorizzare, per quanto possibile, la conoscenza delle parti nella ricostruzione della situazione di fatto controversa.

Un primo momento in cui rileva incisivamente l'onere di sostanziazione è il vaglio dei presupposti per l'emanazione di una sentenza contumaciale (§ 331 ZPO). Se l'attore non ha esposto una situazione di fatto concreta e dettagliata, il convenuto non ha bisogno di manifestare l'intenzione di difendersi e di comparire all'udienza per evitare l'emissione di una sentenza contumaciale: quest'ultima non viene emessa, perché l'attore non ha allegato nulla di concreto, ma ha basato la propria iniziativa processuale su affermazioni generiche o su vaghe supposizioni ⁽⁶⁷⁾.

Un secondo aspetto in cui ciò si manifesta è la disciplina dell'obbligo di dichiarazione delle parti sui fatti rilevanti (§ 138 ZPO). In questo contesto non porrei l'accento tanto sull'obbligo di verità, cioè sull'obbligo di non compiere affermazioni consapevolmente contrarie al vero. Più incisivo sul piano pratico - e contemporaneamente meno soggetto ad attacchi ideologici - è l'obbligo logicamente anteriore di affermare dei fatti concreti e di contestare in modo preciso e circostanziato i fatti allegati dalla controparte.

Solo se le allegazioni della parte soddisfano questi requisiti, esse sono processualmente rilevanti e possono essere poste a base della decisione senza bisogno di essere provate, qualora non vengano contestate dalla controparte. Ciò comporta che le affermazioni indeterminate e generiche vengono scartate fin dall'inizio e non sono idonee a mettere in moto l'accertamento probatorio. In altri termini, siffatte allegazioni non vengono verificate nella loro rilevanza giuridica né vengono verificate, attraverso l'istruzione probatoria, nella loro corrispondenza al vero.

La loro rilevanza non può essere recuperata nemmeno se la controparte non le contesta: se la parte

⁽⁶⁶⁾ Come per esempio il discusso *Anscheinsbeweis*, che non costituisce un particolare mezzo di prova, bensì consiste nella "considerazione della generale esperienza della vita da parte del giudice nell'ambito del suo libero convincimento": cfr. PRÜTTING, *Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, cit., p. 1789.

⁽⁶⁷⁾ R. STÜRNER, *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses*, cit., p. 7; BREHM, *Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung*, cit., p. 47. Secondo una variante ricostruttiva, l'onere di sostanziazione dovrebbe essere mantenuto nettamente distinto dall'astratto onere dell'allegazione, che sussiste pacificamente nel processo civile tedesco sul fondamento della *Verhandlungsmaxime* e che si profila come riflesso logicamente e praticamente anticipato dell'onere della prova (in senso astratto). L'onere di sostanziazione consisterebbe invece nel dovere della parte, che si atteggia in modo diverso nel corso del processo in dipendenza delle allegazioni della controparte, di concretizzare in modo dettagliato, di sostanziare appunto, le proprie allegazioni. Esso potrebbe considerarsi un riflesso anticipato dell'onere della prova in senso concreto - concetto pure proprio dell'esperienza giuridica tedesca - cioè dell'onere che si sviluppa e si modifica in relazione al progredire dell'accertamento dei fatti rilevanti nel corso del processo (PRÜTTING, *Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, cit., p. 1806). È chiaro che, secondo questa variante, l'esempio riportato nel testo rientrerebbe nella tematica dell'allegazione, non della sostanziazione, poiché il contenuto dell'attore di porre a fondamento della propria domanda una situazione di fatto concludente non dipende dall'atteggiamento difensivo del convenuto.

espone una situazione di fatto priva dei caratteri della concretezza e della determinatezza non si verifica la *ficta confessio*, anche se la controparte non la contesta. Viceversa, se la parte sostanzia in modo adeguato le proprie allegazioni e la controparte le contesta genericamente, vale a dire - di regola - non offre una propria ricostruzione alternativa della vicenda, si verifica la *ficta confessio*, in quanto la contestazione è irrilevante ⁽⁶⁸⁾.

Oltre che sul § 138 ZPO, questa prassi si fonda più in generale - lo si ripete - sul § 286 ZPO. In questo senso: poiché il giudice deve fondare il proprio convincimento anche sul contenuto della trattazione, diventa decisivo che la parte riesca a compiere allegazioni tali - considerate in sé e per sé, indipendentemente da una successiva istruzione probatoria - da influenzare in modo favorevole la formazione del convincimento del giudice ⁽⁶⁹⁾.

14. Segue: aspetti meritevoli di ulteriori approfondimenti

In una prospettiva di ulteriori approfondimenti, quanto si è sostenuto nel paragrafo precedente dovrebbe essere corroborato dall'analisi della giurisprudenza.

Inoltre, sarebbero meritevoli di un'attenta considerazione i seguenti ulteriori aspetti dell'onere di sostanziazione.

La necessità di tracciare una demarcazione tra questa problematica e il risalente contrasto tra teoria della sostanziazione e teoria della individuazione sull'interpretazione della norma sull'oggetto del processo (§ 253 ZPO) ⁽⁷⁰⁾.

L'attenuazione legislativa dell'obbligo di sostanziazione in riferimento a fatti che non sono stati compiuti dalla parte o che non sono stati oggetto delle sue percezioni (§ 138, comma 3 ZPO: la parte può dichiarare di non sapere) e l'erosione giurisprudenziale di questa disposizione, culminata nella statuizione che essa non esclude l'esistenza di un obbligo della parte di ricercare le informazioni ⁽⁷¹⁾.

La portata dell'obbligo di sostanziazione che incombe sulla parte non gravata dell'onere della prova, ma che può esporre più facilmente la situazione di fatto, qualora la controparte non abbia accesso alle informazioni ⁽⁷²⁾.

La variante "spinta" dell'obbligo di sostanziazione, accolta nella prassi e in qualche settore della dottrina, secondo la quale la parte dovrebbe fornire sufficienti appigli per indurre a ritenere che la situazione di fatto, così come da essa descritta, possieda un certo grado di probabilità di essersi verificata, altrimenti l'allegazione non viene presa in considerazione ⁽⁷³⁾.

La compatibilità tra obbligo di sostanziazione e la possibilità che la parte compia un'allegazione tacita di un nuovo fatto attestato dal documento, attraverso la semplice produzione di quest'ultimo ⁽⁷⁴⁾.

⁽⁶⁸⁾ BREHM, *Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung*, cit., p. 48.

⁽⁶⁹⁾ BREHM, *Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung*, cit., p. 48.

⁽⁷⁰⁾ BREHM, *Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung*, cit., p. 57.

⁽⁷¹⁾ BGH 15 novembre 1989, in NJW, 1990, p. 453; MORHARD, *Die Informationspflicht der Parteien bei der Erklärung mit Nichtwissen*, Köln, 1993.

⁽⁷²⁾ Cfr. GRUNSKY, *Zivilprozessrecht*, undicesima ed., München, 2003, p. 153.

⁽⁷³⁾ In senso critico, BREHM, *Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung*, cit., p. 49 ss. A proposito di questa variante dell'onere di sostanziazione, si rivelerebbe interessante un confronto con qualche istituto del processo civile inglese che presenta ad una prima impressione qualche elemento di somiglianza, come una variante dello *striking out* o addirittura il *summary judgment*.

⁽⁷⁴⁾ LEIPOLD, in STEIN, JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, ventunesima ed., vol. 2, Tübingen, 1994, p. 764.

15. Poteri probatori e modelli processuali

Oltre all'approfondimento degli aspetti relativi all'onere della prova ed al libero convincimento del giudice, un altro spunto suscitato dallo studio del processo civile tedesco è l'idea di collegare più strettamente la riflessione sui poteri probatori delle parti e del giudice alla distinzione fra i diversi modelli del processo di cognizione.

Nello stesso periodo di tempo in cui gli interessi di ricerca dei giovani studiosi del processo civile si vanno polarizzando intorno al diritto delle prove, si assiste in Germania ad una decisiva ripresa di attenzione verso il problema della preparazione dell'udienza di trattazione. L'impulso determinante proviene dal discorso di Berlino di Fritz Baur nel 1965. Gli esiti di questo processo si sono già presi in considerazione: il modello di Stoccarda e la *Vereinfachungsnovelle*, che danno origine ad un terzo modello di processo di cognizione, imperniato sull'udienza principale.

Lo studio dei poteri probatori dei soggetti processuali non può essere condotto senza la costante considerazione del modello processuale in cui essi si collocano, nonché, più in generale, del modello organizzativo e deontologico delle professioni forensi.

Questa osservazione è scontata riguardo all'alternativa tra il modello del *trial* ed il modello trifasico di origine romano-canonica, ma non è meno evidente riguardo all'alternativa tra questo secondo modello e quello che si impernia sull'udienza principale.

In sintesi, una cosa è l'esercizio di poteri probatori (delle parti, del giudice) funzionale alla preparazione dell'udienza principale, nella quale la controversia tendenzialmente trova la propria risoluzione. Altra cosa è l'esercizio di poteri probatori che s'inserisce in una fase istruttoria formalizzata, che segue ad una fase preparatoria, come accade sempre in Italia ed in Germania solo in quelle ipotesi eccezionali in cui la causa non riesce a trovare la propria definizione nell'udienza principale.

Se si approfondisce questa prospettiva, forse può stemperarsi un poco la carica ideologica con cui talvolta si affronta il tema del rapporto tra poteri probatori delle parti e poteri probatori del giudice. Se si condivide l'osservazione che l'aumento dei poteri probatori del giudice in Germania e nei paesi dell'Europa continentale è occasionato storicamente dal difetto di un sistema che assicuri un sufficiente accertamento dei fatti attraverso obblighi di informazione reciproci tra le parti ⁽⁷⁵⁾ e si constata che il nuovo processo civile inglese unisce oggi *disclosure* e poteri giudiziali formali e sostanziali di direzione del processo ⁽⁷⁶⁾, allora delle due, l'una:

a) ci si affida a obblighi di veridicità e completezza tra le parti, opportunamente sanzionati attraverso misure coercitive, nonché a poteri di direzione formale e sostanziale del processo da parte del giudice, sulla falsariga dell'attuale processo civile inglese;

b) ci si affida all'integrazione effettiva tra poteri probatori delle parti e poteri d'ufficio del giudice (non solo poteri di direzione formale e sostanziale del processo, ma anche poteri istruttori), sulla falsariga dell'attuale processo civile tedesco.

Non si possono rigettare contemporaneamente entrambi gli approcci, altrimenti il processo civile diventa una farsa o, nella migliore delle ipotesi, una sciarada.

16. Esibizione dei documenti

Analizzato il contesto sistematico, si può passare a trattare della nuova disciplina del potere d'ufficio del giudice di disporre l'esibizione dei documenti. Per meglio comprendere la portata dell'ampliamento del campo di applicazione di questo istituto, conviene descrivere sommariamente

⁽⁷⁵⁾ R. STÜRNER, *Parteipflichten bei der Sachverhaltsaufklärung im Zivilprozeß*, in ZZZ, 98 (1985), p. 237 ss., p. 255.

⁽⁷⁶⁾ ANDREWS, *The Pursuit of Truth in Modern English Civil Proceedings*, in ZZZInt, 8 (2003), p. 69 ss.

la disciplina previgente relativa all'esibizione.

Nell'ordinamento processuale tedesco l'esibizione dei documenti può essere disposta su istanza di parte (§§ 421-431 *ZPO*) o d'ufficio (§ 142 *ZPO*).

L'istanza di parte può indirizzarsi all'esibizione di un documento posseduto dalla controparte o da un terzo e presuppone per il proprio accoglimento che il destinatario sia tenuto all'esibizione sulla base di disposizioni di diritto sostanziale (particolarmente importante è il § 810 BGB) oppure, se si tratta della controparte, che questa si sia riferita al documento nei propri scritti difensivi. In caso di rifiuto della controparte, le affermazioni della parte sulla qualità ed il contenuto del documento possono essere ritenute come provate. In caso di rifiuto del terzo, questi può essere costretto all'esibizione attraverso la proposizione di un'apposita domanda giudiziale. Questa disciplina non è stata sostanzialmente modificata dalla riforma del 2001.

Per quanto attiene al potere d'ufficio del giudice di disporre l'esibizione dei documenti, nei suoi tratti essenziali la sua regolamentazione era rimasta inalterata dall'emanazione della *CPO* nel 1877. Nel suo primo comma l'allora § 133 *CPO*, divenuto § 142 *ZPO* con la Novella del 1898, contemplava il potere d'ufficio del giudice di ordinare alla parte l'esibizione dei documenti che si trovano nelle sue mani. Il potere prescinde dall'esistenza di un obbligo sostanziale di esibizione in capo al destinatario dell'ordine.

Dopo alcune oscillazioni iniziali, giurisprudenza e dottrina si trovano concordi sul punto che l'ordine di esibizione di documenti è un vero e proprio mezzo di prova di fatti controversi, pur potendo se del caso servire anche solo al chiarimento e alla integrazione di allegazioni vaghe o lacunose della parte ⁽⁷⁷⁾.

17. *Segue: potere discrezionale del giudice*

Si ritiene che l'emanazione dell'ordine di esibizione sia rimessa al potere discrezionale del giudice e sia sottratta in via di principio al controllo del giudice della *Revision*. Questa la tesi sostenuta fin dall'inizio dalla giurisprudenza, che ha trovato progressivamente il conforto della dottrina maggioritaria ⁽⁷⁸⁾. Il giudice deve invitare la parte, ai sensi del § 139, comma 1 *ZPO*, ad esercitare i propri poteri probatori. Se però la parte rimane inattiva, il giudice non è tenuto a supplire all'inerzia della parte attraverso la propria iniziativa d'ufficio, né è tenuto di regola a specificare in sentenza i motivi per i quali ha ritenuto di non esercitare i propri poteri probatori ⁽⁷⁹⁾ (ma quest'ultimo aspetto è controverso: alcuni ritengono che il giudice debba giustificare la propria inerzia) ⁽⁸⁰⁾.

18. *Segue: nuova disciplina*

La modifica più importante apportata dalla riforma del 2001 consiste nella previsione che l'ordine di esibizione possa essere impartito anche al terzo, senza che ciò presupponga l'esistenza di un obbligo sostanziale in capo a quest'ultimo.

Il primo comma del § 142 *ZPO* prevede attualmente: "Il giudice può ordinare che una parte o un terzo esibisca i documenti che si trovano in suo possesso o altra documentazione, cui una parte ha fatto riferimento. A tal fine il giudice può assegnare un termine e può disporre che la documentazione esibita rimanga depositata presso la cancelleria per un lasso di tempo da lui stabilito".

Il secondo comma aggiunge che i terzi non sono obbligati all'esibizione, qualora questa non sia da

⁽⁷⁷⁾ PETERS, *Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozeß*, Tübingen, 1983, p. 145.

⁽⁷⁸⁾ LEIPOLD, in STEIN, JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, cit., p. 764.

⁽⁷⁹⁾ Cfr. LEIPOLD, in STEIN, JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, cit., p. 764.

⁽⁸⁰⁾ Così infatti, PETERS, *Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, seconda ed., München, 2000, § 142, p. 1103 ss., p. 1106.

loro esigibile ⁽⁸¹⁾ oppure qualora essi possano invocare uno dei motivi di astensione dalla testimonianza previsti dai §§ da 383 a 385 ZPO.

Inoltre si dichiarano applicabili i §§ da 386 a 390 ZPO. Un rilevante significato assume in particolare l'applicabilità del § 390 ZPO: in caso di rifiuto ingiustificato di esibire il documento, è comminata una sanzione pecuniaria; in caso di rifiuto ripetuto, è disposto l'arresto del terzo.

19. *Segue: onere di sostanziazione v. discovery*

Se si concentra l'attenzione sull'ipotesi in cui l'ordine d'ufficio di esibizione serva alla prova di fatti controversi, il primo presupposto in ordine logico affinché il giudice possa emanarlo è che la allegazione dei fatti ad opera della parte sia sufficientemente "sostanziata".

L'indagine già svolta indietro sull'onere della sostanziazione consente di fugare il dubbio che il potere del giudice di disporre d'ufficio l'esibizione dei documenti, pur sganciato dalla sussistenza di un obbligo sostanziale di esibizione in capo al destinatario dell'ordine, possa trasformarsi in uno strumento per compiere "spedizioni esplorative" nei confronti delle parti e dei terzi.

Nel corso dei lavori parlamentari della riforma del 2001 si era paventato infatti, da parte di autorevoli settori dell'avvocatura tedesca, il timore che attraverso la nuova disciplina del § 142 ZPO si dischiudessero possibilità di esplorazione della controparte o di terzi, come accade nel processo civile americano attraverso la *discovery*, e si era criticata la mancanza di qualsiasi previsione di ipotesi in cui la parte destinataria dell'ordine potesse legittimamente rifiutarsi di ottemperare ⁽⁸²⁾.

La relazione della commissione giuridica del *Bundestag* replica a queste osservazioni critiche nei termini seguenti: la nuova disciplina non libera la parte dal proprio onere di allegazione e di sostanziazione. Il giudice può ordinare l'esibizione del documento solo sulla base di un'allegazione sostanziata della parte e può tenere conto dell'interesse della controparte al mantenimento dei segreti nell'ambito della discrezionalità che gli è concessa nell'esercizio di questo potere. La commissione nega poi che la modifica del § 142 ZPO possa mettere in discussione il rifiuto, contenuto nell'art. 14, comma 1 della legge di attuazione della Convenzione dell'Aja sull'assunzione delle prove all'estero, di accordare assistenza giudiziaria alle richieste di *discovery of documents* provenienti dagli Stati Uniti ⁽⁸³⁾.

20. *Segue: notice pleading - fact pleading*

La replica della commissione del *Bundestag* appena riferita trova conferma nella comune constatazione che la portata "esplorativa" della *discovery* statunitense trova il proprio fondamento nel fatto che, nel processo civile americano, gli atti introduttivi del giudizio non contengono necessariamente la determinazione dell'oggetto della controversia e l'allegazione di fatti dettagliati, ma servono essenzialmente a dare alla controparte notizia dell'avvio della causa (c.d. *notice pleading*) ⁽⁸⁴⁾.

Nella fase *pre-trial* la *discovery* - evidentemente svincolata da un giudizio di rilevanza della prova così come inteso nella cultura processuale dell'Europa continentale ⁽⁸⁵⁾ - non serve solo allo accertamento della situazione di fatto eventualmente allegata negli atti introduttivi, ma può servire a delineare o a precisare i contorni di tali allegazioni ed a determinare l'oggetto della controversia.

⁽⁸¹⁾ Per la discussione di questo limite, v. SCHLOSSER, *Französische Anregungen zur Urkundenvorlagepflicht nach § 142 ZPO*, in *Festschrift für Sonnenberger*, München, 2004, p. 135 ss.

⁽⁸²⁾ DOMBEK, *Schreiben an den Vorsitzenden des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages zur ZPO-Novelle*, in *BRAK-Mitt.* 2001, p. 122 ss., p. 124.

⁽⁸³⁾ *BT-Drucks.* 14/6036, p. 120.

⁽⁸⁴⁾ Cfr. R. STÜRNER, *The Principles of Transnational Civil Procedure*, cit., p. 232.

⁽⁸⁵⁾ Sulla diversa portata del *relevancy standard* nel processo civile americano, v. FICCARELLI, *Esibizione di documenti e discovery*, Torino, 2004, p. 172 ss.

Comune è il riferimento alla *Rule 26* delle *Federal Rules of Civil Procedure*, secondo cui la *discovery* può essere legittimamente impiegata per conoscere tratti della controversia nuovi rispetto a quelli prospettati negli atti introduttivi ed a scoprire le relative fonti di prova ⁽⁸⁶⁾.

Da questo angolo visuale netta rimane la differenza del processo civile americano rispetto ai sistemi processuali dell'Europa continentale, improntati ad un'iniziale individuazione dell'oggetto del processo, ad una conseguente tempestiva determinazione dei fatti rilevanti e ad un giudizio di rilevanza della prova tendenzialmente contestuale al giudizio sulla sua ammissibilità. Anche il processo civile inglese moderno si allontana sempre di più dalla prassi americana del *notice pleading* e tende ad avvicinarsi all'impianto dei processi civili dei paesi di *civil law* ⁽⁸⁷⁾.

A loro volta però, la teoria e la prassi dei processi civili dei paesi di *civil law*, al di là di formulazioni legislative non lontane tra di loro, sono piuttosto variegate. Il processo civile tedesco, attraverso l' incisivo ruolo affidato all'onere di sostanziazione, si presta ad esprimere in modo più rigoroso di altri la tecnica del *fact pleading*. Non è un caso che le reazioni più energiche ed argomentate contro la *discovery* americana provengano dalla cultura processuale tedesca.

Inoltre, i pur generosi obblighi sostanziali di esibizione previsti dal § 810 *BGB* non mi sembrano collocabili sullo stesso piano funzionale della *discovery*, anche se il loro puntuale adempimento può agevolare quel lavoro preparatorio dell'avvocato, diretto alla stesura degli atti introduttivi del giudizio, che è tipico di una tecnica del *fact pleading* intesa sul serio.

Se allarghiamo la comparazione al processo civile inglese, un successo maggiore di quello conseguibile attraverso la previsione di obblighi sostanziali di esibizione, nella prospettiva funzionale di un'accurata preparazione della introduzione della causa, può derivare probabilmente dall'impiego dei *pre-action protocols*.

21. Segue: onere di indicazione precisa del documento e prime prassi giurisprudenziali

Se si torna a riflettere sui presupposti dell'ordine d'ufficio di esibizione dei documenti, accanto ad un'allegazione di fatti concreta e dettagliata, la dottrina colloca la necessità che il documento sia indicato in modo preciso ad opera della parte che può giovare della sua esibizione. A questa stregua non sarebbe sufficiente che la parte si limiti ad indicare un generico insieme di documenti, poiché altrimenti non si potrebbe sfuggire al rischio di un ordine di esibizione con scopo esplorativo ⁽⁸⁸⁾. Per lo stesso motivo si dovrebbe pretendere che la parte offra appigli concreti dell'esistenza del documento e non sarebbe sufficiente argomentare che l'esperienza della vita e le consuetudini negoziali rendono verosimile l'esistenza di determinati documenti.

Un'analisi della prassi giurisprudenziale formatasi nei primi due anni e mezzo di applicazione della riforma rivela tuttavia che i giudici, nell'impiegare il loro potere così rimodellato, frequentemente non si attengono a questi requisiti, e così dispongono genericamente l'esibizione della documentazione sanitaria relativa ad un paziente ⁽⁸⁹⁾ oppure un'intera cartella d'archivio di documenti, individuata solo attraverso una determinata scritta riportata sull'etichetta ⁽⁹⁰⁾. Queste applicazioni hanno destato condivisibili reazioni critiche: in questo modo - si osserva - il compito di selezionare la documentazione rilevante ricade sul giudice (o sul consulente tecnico), cosicché l'attività giudiziale si avvicinerebbe pericolosamente alla ricerca d'ufficio dei fatti e delle fonti di prova ⁽⁹¹⁾.

⁽⁸⁶⁾ Cfr. TROCKER, *Il contenzioso transnazionale e il diritto delle prove*, cit.

⁽⁸⁷⁾ Cfr. R. STÜRNER, *The Principles of Transnational Civil Procedure*, cit., p. 233.

⁽⁸⁸⁾ LEIPOLD, in STEIN, JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, ventiduesima ed., vol. 3, Tübingen, 2005, § 142, p. 303.

⁽⁸⁹⁾ OLG Saarbrücken, in *MDR*, 2003, p. 1250.

⁽⁹⁰⁾ LG Ingolstadt, in *ZinsO*, 2002, p. 990.

⁽⁹¹⁾ LEIPOLD, *Die gerichtliche Anordnung der Urkundenvorlage im reformierten deutschen Zivilprozess*, in *Festschrift für W. Gerhardt*, Köln, 2004, p. 563 ss., p. 573.

22. Segue: ordine di esibizione a carico della parte non gravata dell'onere della prova

Si può accennare a questo punto all'aspetto più delicato: se ed in che limiti possa essere destinataria dell'ordine d'ufficio di esibizione anche la parte che non è gravata dell'onere della prova.

La formulazione letterale del § 133 *CPO* prevedeva che potesse essere destinataria dell'ordine di esibizione unicamente la parte che si era riferita al documento. Questa correlazione era tuttavia venuta meno in via di interpretazione sistematica, dal momento che il § 273, comma 2, n. 1 *ZPO*, nel testo introdotto dalla *Vereinfachungsnovelle* del 1976 (ed anteriore ai ritocchi apportati dalla riforma del 2001), concedeva al giudice, nel quadro della disciplina della serie di provvedimenti preparatori dell'udienza di cui si è già parlato indietro, il potere di ordinare alle parti l'esibizione di documenti, senza delimitare l'ordine alla parte che si è riferita a questi ultimi. Si poneva così il problema se potesse essere destinataria dell'ordine di esibizione anche la parte che non è gravata dell'onere della prova.

La riforma del 2001 ha risolto il problema in senso positivo, poiché ricollega il potere del giudice di ordinare l'esibizione al fatto che *una* parte si sia riferita al documento.

La tesi contraria appare animata dall'intento di appiattire i presupposti del potere d'ufficio sui presupposti dell'istanza di parte (che sono previsti dai §§ 422, 423 *ZPO*) e riprende così una concezione proposta prima della modifica legislativa ⁽⁹²⁾. In altri termini, quando la parte, che si è riferita ad un documento nel possesso della controparte, è gravata dell'onere della prova dei fatti da provare attraverso l'esibizione del documento, quest'ultima potrebbe essere disposta solo se la controparte è obbligata all'esibizione da norme di diritto sostanziale, oppure se essa stessa ha fatto riferimento al documento. Ciò renderebbe anche ragione del fatto che il legislatore non abbia previsto dei limiti all'obbligo di esibizione ⁽⁹³⁾.

In realtà il potere d'ufficio di ordinare l'esibizione dei documenti si fonda su una base diversa da quella del corrispondente potere di parte. Il primo è stato ampliato proprio per superare i limiti del secondo. Ciò rappresenta una specifica concretizzazione dell'idea dell'obbligo processuale di informazione a carico della parte non gravata dell'onere della prova.

Se si accoglie la tesi che la parte non gravata dell'onere della prova possa essere destinataria dell'ordine di esibizione in generale (e non solo entro i limiti in cui sarebbe ammissibile un'istanza di parte), ne scaturisce la conseguenza che i fatti allegati dalla parte gravata dell'onere della prova - in ipotesi rappresentati dal documento detenuto dalla controparte - possono essere ritenuti come provati se la controparte non ottempera all'ordine giudiziale di esibizione (§ 427, seconda proposizione *ZPO*), indipendentemente dal fatto che essa sia tenuta all'esibizione da norme di diritto sostanziale o si sia riferita essa stessa al documento.

Inoltre, nelle ipotesi in cui l'acquisizione al processo del documento rilevante dipenda esclusivamente dall'iniziativa del giudice, in quanto non esistono i presupposti per l'esercizio del potere di parte, la discrezionalità del giudice sembra ridursi praticamente a zero ⁽⁹⁴⁾. In tal caso il prezzo del mancato esercizio del potere di ordinare l'esibizione sarebbe infatti frequentemente troppo alto: la decisione sulla base della regola di giudizio sull'onere della prova.

⁽⁹²⁾ SCHREIBER, *Die Urkunde im Zivilprozess*, Berlin, 1982, p. 73 ss.

⁽⁹³⁾ LEIPOLD, in STEIN/JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, cit., p. 306.

⁽⁹⁴⁾ In questo ordine di idee, v. STADLER, *Inquisitionsmaxime und Sachverhaltsaufklärung: erweiterte Urkundenvorlagepflichten von Parteien und Dritten nach der Zivilprozeßrechtsreform*, in *Festschrift für Beys*, Athen, 2003, p. 1625 ss., p. 1644; in tema, v. anche SCHLOSSER, *Französische Anregungen zur Urkundenvorlagepflicht nach § 142 ZPO*, cit., p. 140 ss.